



Venise, 11 mars 2016

CDL-AD(2016)001

Avis n° 833/2015

Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

AVIS

**SUR LES AMENDEMENTS À LA LOI DU 25 JUIN 2015
RELATIVE AU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL**

DE POLOGNE

**Adopté par la Commission de Venise
Lors de sa 106^e session plénière
(Venise, 11-12 mars 2016)**

sur la base des observations de :

Mme Veronika BÍLKOVÁ (membre, République tchèque)
Mme Sarah CLEVELAND (membre, Etats-Unis d'Amérique)
M. Michael FRENDO (membre, Malte)
M. Christoph GRABENWARTER (membre, Autriche)
M. Jean-Claude SCHOLSEM (membre suppléant, Belgique)
M. Kaarlo TUORI (membre, Finlande)

Table des matières

I.	Introduction	3
II.	Observations générales et portée de l'avis	3
III.	Chronologie	4
IV.	Décision dans l'affaire K 47/15.....	7
V.	Analyse juridique.....	9
A.	Les fondements constitutionnels	10
B.	Procédure	10
1.	L'ordre de traitement des affaires	11
2.	Le quorum (13 juges sur 15).....	13
3.	La majorité requise pour l'adoption des décisions : la majorité des deux tiers ...	14
4.	Le délai prévu pour les audiences	16
5.	Conclusion des questions procédurales	17
C.	Procédure disciplinaire et révocation des juges	18
D.	Abrogation de certaines dispositions de la loi.....	19
E.	Composition de la Cour	19
1.	Adoption des articles 137 et 137a de la loi relative à la Cour.....	19
2.	Interdiction faite à la majorité sortante d'élire des juges après les élections législatives en vertu d'une coutume constitutionnelle	21
3.	Le principe de pluralisme.....	22
VI.	Une coopération loyale entre les différents pouvoirs de l'État	24
VII.	Conclusion.....	26

I. Introduction

1. Par une lettre du 23 décembre 2015, le ministre polonais des Affaires étrangères, M. Witold Waszczykowski, a demandé à la Commission de Venise de rendre un avis sur les questions constitutionnelles que soulevaient deux projets de loi, présentés devant le *Sejm* (Diète) respectivement les 2 et 15 décembre 2015, visant à modifier la loi relative au Tribunal constitutionnel du 25 juin 2015 (ci-après « la loi »). Dans un courrier du 31 décembre 2015, le ministre Waszczykowski a transmis à la Commission de Venise les amendements à la loi, lesquels avaient été adoptés le 22 décembre 2015 et promulgués le 28 décembre 2015 (ci-après « les amendements »). Le 14 janvier 2016, le ministère des Affaires étrangères a transmis une traduction anglaise de cette loi et de ces amendements (CDL-REF(2015)009), ainsi qu'une traduction des décisions rendues par le Tribunal constitutionnel les 3 et 9 décembre 2015 et une note explicative (CDL-REF(2016)015).

2. La Commission de Venise a invité Mme Veronika Bílková, Mme Sarah Cleveland, M. Michael Frendo, M. Christoph Grabenwarter, M. Jean-Claude Scholsem et M. Kaarlo Tuori à assumer la fonction de rapporteurs pour le présent avis.

3. Les 8 et 9 février 2016, une délégation de la Commission de la Venise, composée de MM. Grabenwarter, Scholsem et Tuori, présidée par le Président de la Commission, M. Gianni Buquicchio et accompagnée de M. Schnutz Dürr du Secrétariat, s'est rendue à Varsovie. La délégation a rencontré, par ordre chronologique, le premier président de la Cour suprême et les juges de la Cour suprême (en marge de cette visite, le Président de la Commission de Venise a rencontré le Président polonais), le président du Conseil national de la magistrature et les membres du Conseil, le ministre des Affaires étrangères et des experts, le Maréchal du Sénat et des représentants du Sénat (y compris de l'opposition), le Maréchal du *Sejm* et des représentants du *Sejm* (y compris de l'opposition), le vice-premier ministre et des représentants de son ministère, ainsi que du ministère de la Justice et des intellectuels, des ONG (la Fondation polonaise Helsinki et *Ordo Iuris*), le Médiateur, le président et le vice-président du Tribunal constitutionnel et trois juges du Tribunal, le ministre de la Justice et les ministres de la Chancellerie du Président de la République de Pologne. La Commission de Venise remercie le ministère des Affaires étrangères pour l'organisation de la visite.

4. Les rapporteurs ont élaboré leurs observations en se fondant sur les traductions anglaises des actes législatifs qui ont été mises à leur disposition par les autorités polonaises et sur les conclusions de leur visite à Varsovie. En réponse au projet d'avis, le Gouvernement polonais a soumis un document d'information, qui a été examiné par les rapporteurs. Le document d'information sera publié sur le site internet de la Commission de Venise. Le 10 mars 2016, les rapporteurs ont eu une série de rencontres à Venise avec une délégation du Gouvernement polonais, qui ont porté sur ce texte.

5. Le présent avis a été adopté par la Commission de Venise à l'occasion de sa 106^e session (Venise, 11-12 mars 2016).

II. Observations générales et portée de l'avis

6. L'avis demandé à la Commission de Venise porte sur les amendements de la loi relative au Tribunal constitutionnel de décembre 2015. Bien que ces amendements ne concernent pas directement la composition du Tribunal constitutionnel, il est évident qu'ils ont un lien intrinsèque sur sa composition, notamment du fait que l'une des dispositions de ces amendements impose un quorum au Tribunal (à savoir 13 des 15 juges), qui ne peut cependant être atteint que lorsque le Tribunal n'est pas composé entièrement.

7. Compte tenu de ce contexte, les autorités polonaises ont non seulement transmis à la Commission de Venise les traductions de la loi et de ses amendements (CDL-REF(2016)009),

mais également les décisions du Tribunal constitutionnel des 3 et 9 décembre 2015, ainsi qu'une note relative aux amendements du 22 décembre 2015 et à la question de la nomination des juges (CDL-REF(2016) 015).

8. Le présent avis évoque uniquement la composition du Tribunal lorsque la compréhension de la situation constitutionnelle qui pourrait découler des amendements l'impose (voir la partie E plus loin). Il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner les amendements du 19 novembre 2015, puisqu'ils ont été déclarés inconstitutionnels par le Tribunal constitutionnel dans sa décision du 9 décembre 2015. Cette décision semble par ailleurs avoir réglé les questions soulevées par ces amendements.

9. La Commission de Venise se félicite du fait que l'ensemble des interlocuteurs rencontrés par la délégation lors de sa visite se soient déclarés très favorables à ce que le Tribunal constitutionnel ait le pouvoir de garantir la primauté de la Constitution. Cet élément peut faire office de socle commun pour l'ensemble des forces politiques du pays et de point de départ pour remédier à la situation constitutionnelle actuelle.

III. Chronologie

10. Afin de comprendre la situation constitutionnelle qui découle de ces amendements, il convient de rappeler la chronologie des événements qui ont conduit à leur adoption. La liste ci-dessous est inévitablement incomplète et fait uniquement état des principaux événements pertinents pour le présent avis.

11. Le 11 juillet 2013, le Président de la République de Pologne de l'époque, M. Bronisław Komorowski, avait présenté au *Sejm* le projet de loi relative au Tribunal constitutionnel (document d'information n° 1590 du *Sejm*). Ce texte avait été élaboré à l'initiative d'un groupe de travail composé d'anciens et actuels juges au Tribunal, parmi lesquels figurait le président de cette juridiction.

12. Entre mars et mai 2015, la sous-commission spéciale chargée du projet de loi relative au Tribunal constitutionnel et, par la suite, la commission conjointe sur la législation, la justice et les droits de l'homme, ont élaboré des rapports sur le projet de loi. Le président du Tribunal constitutionnel, les services du Procureur Général et le Conseil national de la magistrature ont participé à ces travaux en qualité d'invités du *Sejm*.

13. Le 25 juin 2015, le *Sejm* a adopté la loi relative au Tribunal constitutionnel¹, qui est entrée en vigueur le 30 août 2015. L'article 137 du texte prévoyait l'élection, par la 7^e législature sortante du *Sejm*, des successeurs de l'ensemble des juges dont le mandat devait prendre fin en 2015, y compris ceux dont le mandat arrivait à son terme après la fin du mandat de la 7^e législature du *Sejm*².

14. Le 8 octobre 2015, à l'occasion de sa dernière session, le *Sejm* a nommé cinq juges - trois pour remplacer les juges dont le mandat arrivait à son terme le 6 novembre 2015, et deux pour remplacer les juges dont le mandat prenait respectivement fin les 2 et 8 décembre. A ce jour, le Président polonais n'a toujours pas accepté de recevoir la prestation de serment de ces « juges d'octobre ».

15. Le 23 octobre 2015, un groupe de députés du *Sejm*, membres du Parti Droit et Justice, ont déposé un recours devant le Tribunal constitutionnel pour contester la constitutionnalité de

¹ Publiée le 30 juillet 2015, *Pl. Dziennik Ustaw*, point 1064.

² L'article 137 de la loi précise que : « [e]n cas d'expiration en 2015 du mandat de juges au Tribunal, le délai de dépôt de la proposition de candidats visée à l'article 19, alinéa 2, est de 30 jours à compter de l'entrée en vigueur de cette loi ».

l'élection de cinq juges (affaire n° K 29/15). Ce recours a été retiré le 10 novembre 2015 et le Tribunal constitutionnel a mis fin à la procédure.

16. Le 12 novembre 2015, la 8^e législature du *Sejm* a tenu sa première session.

17. Le 17 novembre 2015, un groupe de députés, membres du parti Plate-forme civique (PO), a une nouvelle fois déposé le même recours contre la loi que celui qui avait été retiré le 10 novembre 2015 (affaire n° K 34/15).

18. Le 19 novembre 2015, le *Sejm* a modifié la loi en question³. Cet amendement, qui a été soumis au *Sejm* trois jours plus tôt, a été promulgué par le Président polonais dès le lendemain. Il prévoyait la mise en place d'un mandat de trois ans, renouvelable une fois, pour le président du Tribunal constitutionnel et mettait fin au mandat du président sortant et de son vice-président. Le texte précisait par ailleurs que le mandat d'un juge constitutionnel prenait effet dès sa prestation de serment devant le Président de la République.

19. Le 23 novembre 2015, un groupe de députés a déposé un recours en constitutionnalité contre l'amendement à la loi adopté le 19 novembre 2015 (affaire n° K 35/15) et, le même jour, un recours similaire a été déposé par le Défenseur des droits de l'homme (affaire n° K 37/15). Les 24 et 30 novembre, respectivement, d'autres recours en constitutionnalité ont été introduits par le Conseil national de la magistrature et le président de la Cour suprême (affaires n° K 38/15 et n° K 40/15).

20. Le 25 novembre 2015, le *Sejm* a adopté cinq résolutions qui annulaient les cinq résolutions du 8 octobre 2015 relatives à l'élection des juges au Tribunal constitutionnel, adoptées par le *Sejm* au cours de sa 7^e législature⁴.

21. Le 25 novembre 2015, deux juges et le président du Tribunal ont demandé à être exclus de l'examen de l'affaire n° K 34/15 ; leur demande a été acceptée par le Tribunal le 30 novembre 2015.

22. Le 30 novembre 2015, le Tribunal constitutionnel a décidé, en vertu des articles 755(1) et 730(2) du Code de procédure civile, combinés à l'article 74 de la loi, de prendre des mesures préventives visant à demander au *Sejm* de s'abstenir d'élire de nouveaux juges, jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendu dans l'affaire n° K 34/15.

23. Le 1^{er} décembre 2015, le Tribunal constitutionnel, réuni en formation plénière, a déposé une requête auprès du président du Tribunal pour demander l'examen de l'affaire n° K 34/15 par un collège de cinq juges.

24. Malgré les mesures préventives prises par le Tribunal constitutionnel, le *Sejm* a procédé le 2 décembre 2015 à l'élection de cinq nouveaux juges, en adoptant cinq résolutions⁵.

25. Le Président polonais a entendu la prestation de serment des juges en question, respectivement le 3 décembre à 1h30 (quatre juges) et le 9 décembre (un juge). Le président du Tribunal a octroyé à ces cinq personnes le statut d'agents du Tribunal n'exerçant pas de fonctions judiciaires.

26. Le 3 décembre 2015, le Tribunal constitutionnel, réuni en collège de cinq juges, s'est prononcé sur le recours du 17 novembre 2015 (affaire n° K 34/15). Il a estimé que le fondement juridique pour l'élection des trois juges visant à remplacer les juges dont le mandat

³ Publiée au journal officiel (point 1928 ; la loi est entrée en vigueur le 5 décembre 2015).

⁴ Journal officiel de la République de Pologne – *Monitor Polski* (points 1131 à 1135).

⁵ *Monitor Polski* (points 1182 à 1186).

avait expiré avant la fin du mandat du précédent *Sejm*, était valide et que le Président était dans l'obligation d'entendre leur prestation de serment. En revanche, il a conclu que le fondement juridique de l'élection des deux autres juges était contraire à la Constitution.

27. Le 4 décembre 2015, un groupe de députés du *Sejm* a saisi le Tribunal constitutionnel d'un recours en inconstitutionnalité à l'égard des résolutions adoptées par le *Sejm* le 25 novembre 2015, ainsi que des résolutions du *Sejm* relatives à l'élection des cinq juges du Tribunal, adoptées le 2 décembre 2015 (Affaire n° U 8/15).

28. Le 9 décembre 2015, le Tribunal constitutionnel s'est prononcée sur la constitutionnalité de la révision du 19 novembre de la loi relative au Tribunal constitutionnel (affaire n° K 35/15). Il a conclu que les seules infractions au Règlement du *Sejm* ne suffisaient pas à déclarer l'inconstitutionnalité de l'intégralité de cette révision. Toutefois, l'article 137a, a été jugé inconstitutionnel dans la mesure où il prévoyait l'élection des trois juges par le nouveau *Sejm*, en remplacement des juges dont le mandat s'achevait le 6 novembre 2015. Le Tribunal a par ailleurs indiqué que le mandat des juges constitutionnels prenait effet à compter de leur élection, et non le jour de leur prestation de serment. Le délai de 30 jours dont dispose le Président pour entendre la prestation de serment des juges élus par le *Sejm* a également été déclaré inconstitutionnel. En outre, le Tribunal a estimé que la mise en place d'un mandat de trois ans pour la fonction de président et de vice-président du Tribunal était conforme à la Constitution, mais que la possibilité de leur réélection était en revanche inconstitutionnelle, puisqu'elle pourrait porter atteinte à l'indépendance judiciaire. Enfin, la révocation anticipée du mandat du président du Tribunal et de son vice-président a elle aussi été jugée inconstitutionnelle.

29. Dans une lettre du 10 décembre 2015, le chef de la Chancellerie du Premier ministre a émis des doutes, d'une part, sur la conformité de la composition du Tribunal lorsque ce dernier avait rendu sa décision du 3 décembre 2015 (affaire n° K 34/15) et, d'autre part, sur la validité de la publication de cette décision au journal officiel. Le président du Tribunal a répondu sur ce point que les décisions du Tribunal devaient être publiées conformément à l'article 190(1) et (2) de la Constitution.

30. Le 22 décembre 2015, le *Sejm* a adopté des amendements à la loi relative au Tribunal constitutionnel, qui ont été approuvés par le Sénat le 24 décembre 2015 et publiés le 28 décembre 2015. Ces amendements précisent que le Tribunal statue, en règle générale, en formation plénière, le quorum étant alors fixé à 13 juges sur 15 ; toutefois, dans certains cas, tels que les requêtes individuelles et les questions préjudicielles, seul un collège de sept juges est exigé. Lorsque le Tribunal statue en formation plénière, il rend ses décisions à la majorité des deux tiers, et plus à la majorité simple, comme c'était auparavant le cas. Le Tribunal devra également examiner les demandes dont il est saisi dans l'ordre dans lequel elles ont été enregistrées. La révocation anticipée du mandat d'un juge ne sera plus décidée par l'Assemblée générale du Tribunal constitutionnel. L'Assemblée devra désormais demander au *Sejm* de prononcer « l'expiration » du mandat, cette expiration devant être prononcée par le *Sejm* lui-même. Les amendements confèrent au Président de République de Pologne et au ministre de la Justice la faculté d'engager une procédure disciplinaire à l'encontre d'un juge du Tribunal. Enfin, ces amendements abrogent certaines dispositions de la loi, comme l'article 16 (indépendance des juges), l'article 17(1) (composition du Tribunal), l'article 17(2) (impossibilité d'une réélection au Tribunal) ou l'ensemble du Titre 10 (Procédures à suivre en cas d'incapacité avérée du président à exercer ses fonctions).

31. Le 11 janvier 2016, le Tribunal constitutionnel a annoncé qu'à l'occasion d'une séance tenue à huis clos le 7 janvier 2016, il avait rejeté le recours déposé le 4 décembre 2015 (affaire n° U 8/15) à l'encontre des résolutions relatives à l'élection de cinq nouveaux juges, au motif que ces résolutions ne constituaient pas des actes normatifs sur lesquels le Tribunal pouvait exercer un contrôle.

32. Compte tenu de ces éléments, le président du Tribunal constitutionnel a admis à siéger le 12 janvier 2016 les deux juges élus en décembre 2015 en remplacement des juges dont le mandat avait expiré en décembre.

33. Le 14 janvier 2016, le Tribunal constitutionnel, réuni en formation plénière, a décidé d'examiner l'affaire n° K 47/15 – contrôle de la constitutionnalité des amendements du 22 décembre 2015 – en se fondant sur la Constitution et sans appliquer en l'espèce les amendements, dans la mesure où ceux-ci portaient directement sur le fonctionnement du Tribunal. Les deux juges nouvellement élus ont émis des opinions dissidentes, en soulignant le fait que les amendements du 22 décembre 2015 étaient déjà entrés en vigueur et devaient s'appliquer dans cette affaire qui concernait l'examen de ces mêmes amendements.

34. Le 30 janvier 2016, le *Sejm* a adopté le projet de loi relative au budget de l'Etat pour l'année 2016, qui réduit d'environ de 10 % le budget alloué à la Cour.

IV. Décision dans l'affaire K 47/15

35. Les amendements du 22 décembre 2015 ont été contestés devant le Tribunal (affaire n° K 47/15).

36. Ces amendements prévoient leur entrée en vigueur immédiate (absence de *vacatio legis*, qui permettrait leur contrôle avant leur entrée en vigueur). Si le Tribunal devait appliquer en l'espèce ces amendements, il ne serait pas en mesure de siéger, puisque seuls 12 de ses juges siègent de plein droit actuellement, ce qui ne lui permettrait pas d'atteindre le quorum exigé de 13 juges.

37. La Commission de Venise s'est trouvée confrontée dans deux affaires à l'éventualité d'une situation *non liquet* dans une procédure engagée devant une cour constitutionnelle. En 2006, la Commission de Venise avait été invitée à examiner, dans un avis concernant la Roumanie, si la Cour constitutionnelle pouvait se trouver bloquée parce que le nombre de juges disponibles était inférieur au quorum exigé, en raison de la récusation d'un certain nombre d'entre eux. La Commission a insisté sur le fait qu'il « *convient [...] de veiller à ce que la Cour constitutionnelle, en tant que garante de la Constitution, continue de fonctionner comme une institution démocratique. L'éventuelle révocation d'un juge ne doit pas résulter en une incapacité pour la Cour de statuer. Les dispositions du Code de procédure civile sont certainement pertinentes dans le cadre d'une juridiction de droit commun, où il y a toujours d'autres juges pour prendre le relais de celui qui s'est retiré. Tel n'est pas le cas s'agissant de la Cour constitutionnelle. Si des règles en matière de récusation des juges étaient jugées nécessaires en Roumanie, elles devraient s'appliquer spécifiquement à la Cour constitutionnelle et exclure la possibilité de situations de non liquet dans l'application du principe essentiel selon lequel la Cour constitutionnelle est garante de la suprématie de la Constitution* »⁶.

38. Dans un avis *amicus curiae* relatif à la Cour constitutionnelle albanaise, la Commission de Venise a été invitée à déterminer si la Cour constitutionnelle était habilitée ou non à apprécier la constitutionnalité d'une loi qui avait une incidence sur les magistrats de la Cour et dans une situation où ces juges se seraient normalement récusés. La récusation de plusieurs juges aurait cependant entraîné l'absence de quorum et l'incapacité de la Cour à siéger. Dans ce contexte, la Commission de Venise a estimé que « *l'autorité de la Cour à cet égard découle*

⁶ CDL-AD(2006)006 Avis sur les deux projets de loi portant amendement de la loi n° 47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle de Roumanie, paragraphe 7. Voir également CDL-AD(2014)020 *Opinion on the Draft Constitutional Law on Introduction Amendments and Additions to the Constitutional Law on the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Kyrgyz Republic* (en anglais), paragraphe 34.

de la nécessité de garantir que toute loi est soumise au contrôle de constitutionnalité, y compris celles qui concernent la fonction des juges »⁷.

39. Dans sa décision du 14 janvier sur la recevabilité de la demande de contrôle de la constitutionnalité des amendements, le Tribunal a conclu qu'il était habité à procéder au contrôle de ces amendements en se fondant directement sur la Constitution. Alors que les juges des juridictions ordinaires sont liés par la Constitution et la législation (article 178 de la Constitution), les juges du Tribunal constitutionnel sont uniquement liés par la Constitution (article 195(1) de la Constitution). Cette distinction est conforme aux deux avis de la Commission de Venise mentionnés précédemment ; elle justifie par ailleurs que ce contrôle soit exercé sans que ces amendements soient appliqués en l'espèce.

40. La Commission de Venise estime toutefois que même en l'absence de ce fondement constitutionnel, ce contrôle pourrait se justifier par la nature particulière de la justice constitutionnelle. Il appartient au pouvoir constituant, et non au législateur ordinaire, de conférer à la Cour constitutionnelle la compétence de garantir la suprématie de la Constitution. La législation applicable à la Cour constitutionnelle doit se conformer au cadre défini par la Constitution et ce fondement légal doit lui aussi pouvoir être contrôlée par la Cour.

41. Lorsqu'un simple acte législatif risque de restreindre le contrôle de la constitutionnalité, il doit lui-même faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité avant qu'il ne puisse être appliqué par la Cour. Dans le cas contraire, une loi ordinaire qui énoncerait simplement « *la présente loi abroge le contrôle de la constitutionnalité ; elle entre en vigueur immédiatement* » pourrait sonner le glas de la justice constitutionnelle. La notion même de suprématie de la Constitution impose qu'une législation susceptible de mettre en danger la justice constitutionnelle soit contrôlée, et le cas échéant annulée, par la Cour constitutionnelle avant son entrée en vigueur.

42. La délégation de la Commission de Venise a été informée au cours de sa visite du fait que le Gouvernement souhaitait, avant de s'exprimer sur l'affaire pendante, attendre que la Commission de Venise rende son avis sur ce point. Toutefois, l'absence de prise de position du Gouvernement n'est pas de nature à pouvoir empêcher le Tribunal constitutionnel de statuer dans cette affaire : cette décision présente un caractère d'urgence pour l'ensemble du système polonais de justice constitutionnelle. Alors que le Gouvernement n'a pas participé à la procédure et à l'audience du Tribunal constitutionnel, il a soumis le 9 mars 2016 un document d'information à la Commission de Venise.

43. Le 9 mars 2016, le Tribunal constitutionnel a estimé que les amendements du 22 décembre étaient inconstitutionnels. La Commission n'a pas pu examiner en détails cette décision, mais le constat d'inconstitutionnalité de la révision est conforme au présent avis. Malheureusement, le Gouvernement a annoncé qu'il ne publierait pas la décision parce que le Tribunal n'a pas suivi la procédure prévue par les amendements. Quelles qu'en soient les conclusions, les normes européennes et internationales imposent que la décision du Tribunal constitutionnel soit respectée⁸.

⁷ CDL-AD(2009)044, Avis Amicus Curiae relatif à la loi sur l'intégrité des hauts fonctionnaires de l'administration et des élus de l'Albanie adopté par la Commission de Venise lors de sa 80^e session plénière (Venise, 9 et 10 octobre 2009), paragraphe 142.

⁸ A propos d'une situation identique aux Etats-Unis, la Cour suprême avait déjà conclu en 1803 que « [i]l entre incontestablement dans le domaine de compétence et les attributions du pouvoir judiciaire de dire le droit » et que « la Constitution est une loi supérieure et primordiale, qui ne peut être modifiée par des moyens ordinaires », *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

V. Analyse juridique

44. La présente analyse porte sur les principaux aspects des amendements du 22 décembre 2015, qui concernent directement l'efficacité du fonctionnement du Tribunal constitutionnel. Cet avis n'examine pas d'autres aspects, comme la suppression de certaines procédures importantes, par exemple celle pour déterminer l'existence d'un obstacle à l'exercice de la fonction de Président de la République polonaise. La Commission de Venise a conscience du fait que ces autres modifications font l'objet d'un examen par le Tribunal lui-même dans l'affaire pendante n° K 47/15.

45. La Commission de Venise s'est tout d'abord penchée sur les critiques formulées par le Gouvernement, qui reprochait aux juges du Tribunal constitutionnel, et en particulier à son président, d'avoir participé dès 2010 aux discussions d'un groupe de travail chargé de la réforme de la procédure du Tribunal constitutionnel. Bien qu'il ne relève pas des attributions d'une juridiction constitutionnelle et de ses membres de prendre part à un débat politique, y compris à un débat sur la réforme de la Constitution en général, il est tout à fait habituel, dans la culture constitutionnelle européenne, qu'une juridiction constitutionnelle puisse commenter des propositions de réforme qui la concerne directement ; ses membres figurent d'ailleurs bien souvent au sein des groupes de travail chargés de l'élaboration de ces propositions. Leur présence s'explique par l'intérêt de leurs observations et de leur expertise.

46. Ainsi, il est fréquent en Allemagne que les projets de lois et de traités internationaux qui concernent les compétences et la procédure de la Cour constitutionnelle fédérale soient transmis à cette dernière, pour obtenir ses observations à ce sujet. En Autriche, la Cour constitutionnelle est informée de nombreux projets de loi fédérale et est invitée à commenter la procédure d'élaboration du texte avant sa phase parlementaire. Il arrive, à titre exceptionnel, que le Parlement invite la Cour constitutionnelle autrichienne à participer à ses travaux, ou tout au moins à les commenter. En pareil cas, la Cour constitutionnelle autrichienne fait preuve de retenue. Elle se retranche bien souvent derrière le fait qu'une question puisse se poser à l'occasion d'une éventuelle future procédure pour ne pas formuler d'observation sur un point. En revanche, lorsqu'il est question de la procédure et des compétences de la Cour constitutionnelle elle-même, elle transmet régulièrement ses commentaires au Gouvernement et/ou au Parlement⁹.

47. Enfin, il convient de souligner que le 25 novembre 2015, le président et les deux juges du Tribunal qui avaient participé en qualité d'experts au processus de rédaction de la nouvelle loi relative au Tribunal n'ont pas pris part au délibéré sur la constitutionnalité du texte (affaire n° 34/15). Dans ces circonstances, et compte tenu de ces paramètres, la participation des magistrats aux discussions relatives à ce projet de loi n'est pas préjudiciable au pouvoir législatif conféré au Parlement par la Constitution.

48. Au vu de ces éléments, la Commission de Venise ne saurait partager les critiques exprimées au sujet de la participation du Tribunal constitutionnel aux débats qui concernaient ses compétences et procédures propres, pour autant que cette situation ne conduise pas les juges à outrepasser leur rôle d'expert.

⁹ En Autriche, une Convention constitutionnelle a été établie entre 2003 et 2005 avec le concours de dix sous-commissions. La sous-commission n° 9, qui était chargée de la réforme de la magistrature, comptait parmi ses membres les trois présidents de la Cour (suprême administrative, de la Cour suprême et de la Cour constitutionnelle). Deux autres juges de la Cour constitutionnelle étaient membres de cette sous-commission, l'un en qualité de président et l'autre en qualité de membre du présidium de la Convention.

A. Les fondements constitutionnels

49. La Constitution polonaise de 1997 règle la composition et les compétences du Tribunal à son titre VIII, consacré aux cours et tribunaux, en particulier dans la partie intitulée « Le Tribunal constitutionnel ». Les articles 188 à 193 énumèrent les compétences du Tribunal constitutionnel. L'article 194 précise que « *le Tribunal constitutionnel se compose de quinze juges choisis individuellement par le Sejm pour un mandat de 9 ans parmi d'éminents spécialistes du droit. Nul ne peut être choisi pour exercer plus d'un mandat* » (alinéa 1). L'article 195 souligne que « *les juges du Tribunal constitutionnel sont indépendants dans l'exercice de leurs fonctions et ne sont soumis qu'à la Constitution* » (alinéa 1) et qu'ils « *ne peuvent, pendant l'exercice de leurs fonctions, s'affilier à aucun parti politique, à aucun syndicat ni exercer une activité publique incompatible avec le principe d'indépendance des tribunaux et des juges* » (alinéa 3). L'article 197 ajoute que « *l'organisation du Tribunal constitutionnel et la procédure devant celle-ci sont déterminées par la loi* ». Cette loi a été initialement adoptée en 1997.

50. Les dispositions générales relatives au Tribunal constitutionnel figurent aux articles 188 à 197 de la Constitution polonaise. Ces dispositions donnent peu d'indications sur l'organisation du Tribunal et sa procédure, qu'il appartient au législateur de définir. L'article 197 de la Constitution est en effet libellé comme suit : « *l'organisation du Tribunal constitutionnel et la procédure devant celle-ci sont déterminées par la loi* ».

51. Cependant, la Constitution garantit l'indépendance des juges du Tribunal constitutionnel dans l'exercice de leurs fonctions (article 195(1)). Les autres dispositions constitutionnelles traitent de l'élection des juges (article 194), de leurs conditions d'emploi (article 195(2)), des activités incompatibles avec l'exercice de leurs fonctions (article 195(3)) et de leur immunité (article 196).

52. L'article 190(5) de la Constitution prévoit une obligation particulière de majorité requise pour les arrêts rendus par le Tribunal constitutionnel : « *les décisions du Tribunal constitutionnel sont rendues à la majorité des voix* ».

B. Procédure

53. Les amendements du 22 décembre 2015 modifient considérablement et sur plusieurs points la procédure de la Cour. Les principaux éléments sont les suivants : lors des sessions plénières de la Cour¹⁰, le quorum doit être de 13 juges sur 15 ; les décisions relatives à l'inconstitutionnalité d'une loi doivent être prises à la majorité des deux tiers des juges ; enfin, le Tribunal doit statuer sur toutes les affaires selon l'ordre de leur enregistrement. Ces éléments de la procédure seront examinés un par un ; nous en verrons ensuite les effets cumulés.

¹⁰ Les amendements prévoient que le Tribunal siège ordinairement en formation plénière, à l'exception des cas suivants :

« 2) en collège de sept juges, dans les affaires :

a) introduites dans le cadre d'un recours en constitutionnalité ou de l'examen d'un point de droit
b) qui portent sur la conformité des lois avec les accords internationaux dont la ratification est soumise à un consentement préalable exprimé au moyen d'une loi

3) en collège de trois juges, dans les affaires :

a) qui concernent l'examen plus approfondi ou le refus d'examen plus approfondi d'un recours en constitutionnalité ou d'une demande émanant de l'une des entités visées à l'article 191, alinéa 1, points 3 à 5, de la Constitution

b) qui concernent la révocation d'un juge » (article 44, alinéas 1 à 3).

Cela signifie que dans les affaires générales dont il a été saisi par les institutions de l'État, le Tribunal siège en formation plénière.

1. L'ordre de traitement des affaires

54. En vertu de l'article 80(2) modifié de la loi, les dates des audiences ou de la procédure à huis clos, à l'occasion desquelles sont examinées les requêtes concernant des procédures de contrôle constitutionnel dans l'abstrait, sont fixées en fonction de l'ordre d'enregistrement des affaires au rôle du Tribunal constitutionnel. Cette disposition ne prévoit aucune exception et, conformément à l'article 2 de l'amendement, ce principe vaut pour toute affaire pendante pour laquelle une date d'audience n'a pas encore été fixée. Cette interprétation de la disposition a été confirmée à la délégation de la Commission de Venise, notamment par le Gouvernement et la majorité parlementaire, qui y voient le moyen de renforcer le droit des citoyens à un procès équitable dans un délai raisonnable¹¹. Ce choix est en un sens logique, mais il accentue les effets de la nouvelle disposition sur les travaux de la Cour. Aucun principe de ce type n'existait avant la modification de cet article.

55. Avant d'examiner cet amendement sur le plan du droit, il nous faut évoquer la raison qui a présidé à son adoption. Lors de la visite de la délégation de la Commission de Venise, un certain nombre de critiques se sont élevées au sujet de la durée de la procédure devant le Tribunal constitutionnel. La durée de la procédure est une question importante au regard de la Convention européenne des droits de l'homme¹². Si cette durée présentait le caractère d'un problème systémique, il ne serait pas seulement légitime sur le plan politique de réagir face à cette situation : la Convention pourrait également en faire l'obligation¹³.

56. Toutefois, les documents présentés à la Commission de Venise avant, pendant et après sa visite ne confortent pas l'idée qu'il existait un tel problème structurel qui exigeait une réaction immédiate et de grande ampleur des autorités. D'après les statistiques du Tribunal constitutionnel, la durée moyenne de l'examen d'une affaire dans laquelle elle statue par une décision est de 21 mois ; seules quatre affaires introduites en 2012 et 2013 sont encore pendantes devant cette juridiction.

57. Il convient de souligner que l'article 80(2) de la loi n'indique pas expressément que le Tribunal statue sur les affaires dont il est saisi selon l'ordre de leur inscription au rôle de cette juridiction. Si les dispositions susmentionnées visent à déterminer l'ordre dans lequel débute l'examen d'une affaire, elle n'écarte pas pour autant la possibilité que le Tribunal constitutionnel puisse se prononcer plus tôt ou plus tard sur certaines affaires, en raison des circonstances particulières d'une procédure précise. Il peut arriver qu'une juridiction constitutionnelle soit contrainte de surseoir ou de se prononcer rapidement dans certaines procédures. Selon cette interprétation, le Tribunal constitutionnel ne rendra plus de décision juste après l'audience, mais elle adoptera et prononcera celle-ci ultérieurement. En ralentissant ainsi la procédure, une pratique nouvelle de cette sorte pourrait résoudre la question spécifique des requêtes préliminaires introduites devant la Cour de justice de l'Union européenne, mais elle ne pourra remédier au problème principal énoncé dans le présent avis, à savoir la nécessité éventuelle d'accélérer la procédure dans les affaires urgentes.

58. À titre de comparaison, seuls quelques États imposent à leurs juridictions constitutionnelles d'examiner les affaires dont elles sont saisies dans un certain ordre chronologique. Il convient d'établir une distinction entre le cas du Luxembourg, évoqué par le Gouvernement, et celui de la nouvelle législation polonaise. L'article 3 de la loi relative à la Cour constitutionnelle du Luxembourg prévoit la tenue, par la Cour constitutionnelle, d'un registre général qui énumère

¹¹ Document du Gouvernement n° 9.

¹² CDL-AD(2006)036, Étude sur l'effectivité des recours internes en matière de durée excessive des procédures adoptée par la Commission de Venise lors de sa 69e Session plénière (Venise, 15-16 décembre 2006).

¹³ Cour européenne des droits de l'homme, *Broniowski c. Pologne*, requête n° 31443/96, arrêt du 22 juin 2004, paragraphe 189 et suivants.

les affaires, chaque mention étant assortie de la signature du président de la Cour ; toutes les affaires y sont consignées dans l'ordre de leur introduction. L'inscription des affaires au registre général détermine l'ordre dans lequel elles sont examinées. La Cour peut néanmoins décider, au vu de circonstances particulières, d'examiner une affaire en priorité.

59. L'examen de l'article 80(2) impose de tenir également compte de la possibilité de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle, prévue à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Selon cette disposition, les juridictions nationales qui statuent en dernier recours dans les affaires portant sur l'interprétation des traités de l'UE ou sur la validité et l'interprétation des actes des institutions, organes, services ou administrations de l'Union, saisissent la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle.

60. Ces 20 dernières années, diverses juridictions constitutionnelles (parmi lesquelles les juridictions italienne, belge, allemande et autrichienne) ont saisi la CJUE d'une question préjudicielle. Les renvois préjudiciales des juridictions constitutionnelles devant la Cour de justice de l'Union européenne ne sont désormais plus une exception, mais une caractéristique du droit constitutionnel européen. Le Tribunal constitutionnel polonais a suivi cet exemple et a procédé à un renvoi préjudiciel le 20 juillet 2015 dans l'affaire *Rzecznik Praw Obywatelskich* (RPO – affaire C-390/15).

61. Il convient par conséquent de veiller à ce que le dépôt d'une question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne ne bloque pas le fonctionnement du Tribunal. Les questions préjudiciales ralentissent inévitablement la procédure d'une juridiction nationale, puisque la procédure nationale est suspendue pendant la durée de la procédure engagée devant la CJUE. La stricte application de l'ordre de traitement des affaires prévu à l'article 80(2) de la loi entraînerait l'incapacité du Tribunal à statuer dans toute autre affaire jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée : le droit polonais serait alors en conflit avec le droit de l'UE.

62. Outre ces situations extrêmes, la Convention européenne des droits de l'homme peut imposer un ordre de traitement des affaires différent. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne exigent tous deux que la durée de la procédure présente un caractère raisonnable. Dès 1996, la Cour européenne des droits de l'homme (réunie en Grande Chambre) a estimé que son rôle de « *gardien de la Constitution rend particulièrement nécessaire pour une Cour constitutionnelle de parfois prendre en compte d'autres éléments que le simple ordre d'inscription au rôle d'une affaire, telles la nature de celle-ci et son importance sur le plan politique et social* »¹⁴. Les ONG qui ont rencontré la délégation de la Commission de Venise ont souligné ce point à propos du droit de la famille et d'autres questions essentielles des droits de l'homme, y compris l'ONG qui était en principe favorable aux amendements adoptés le 22 décembre 2015. Le Tribunal doit être en mesure de traiter en priorité les affaires de droits de l'homme urgentes.

63. En outre, les juridictions constitutionnelles doivent pouvoir statuer rapidement sur les questions urgentes, y compris dans les affaires qui concernent le fonctionnement des organes constitutionnels, par exemple en cas de risque de blocage du système politique, comme c'est le cas à présent en Pologne.

¹⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Süßmann c. Allemagne*, requête n° 20024/92, arrêt du 16 septembre 1996, paragraphe 56.

64. Il n'est donc pas rare que le droit commun fixe des délais – parfois très courts et très stricts – pour certains types de procédures urgentes¹⁵.

65. En conclusion, l'imposition d'une obligation quelconque de tenir une audience et de statuer dans un ordre chronologique strict risque de ne pas être conforme aux normes européennes. Le Tribunal constitutionnel doit avoir la possibilité de poursuivre et d'achever ses délibérations pour certains types d'affaires avant d'autres affaires. Le fait de laisser au Tribunal constitutionnel une telle marge d'appréciation est conforme aux normes européennes, notamment aux articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 47 du TFEU¹⁶.

66. Si le but poursuivi consiste à résorber un arriéré d'affaires, il convient d'adopter des dispositions plus adaptées. Ainsi, en Belgique, la Cour constitutionnelle doit statuer sur les affaires dans un délai de six mois à compter de leur enregistrement. Ce délai peut être étendu à un an maximum. Afin d'éviter tout doute sur l'ordre de traitement des affaires, le système actuel d'attribution automatique des affaires aux juges selon l'ordre alphabétique et l'état d'avancement de toutes les affaires pourraient devenir totalement transparents, par exemple au moyen d'une publication sur le site Web du Tribunal.

2. Le quorum (13 juges sur 15)

67. L'article 10 (1) modifié (c'est-à-dire l'article 1(3) de l'amendement) dispose que « *l'Assemblée générale statue à la majorité des deux tiers des voix, en présence d'au moins 13 juges de la Cour, dont le président ou le vice-président de la Cour, sauf disposition contraire de la loi* ».

68. Ce nouveau quorum vaut pour l'Assemblée générale (article 10(1) de la loi, telle que modifiée) et pour les affaires dans lesquelles le Tribunal statue en formation plénière (article 44(1) de la loi, telle que modifiée). L'article 10(2) et 10(3) prévoit des exceptions, notamment pour les requêtes individuelles ou les questions de droit (affaires soumises par les juridictions de droit commun). L'ancienne version de la loi exigeait, pour que le Tribunal puisse statuer en formation plénière, la présence d'au moins neuf juges (article 44 (3), point 3, de la loi avant sa modification).

69. A titre de comparaison, la plupart des systèmes judiciaires européens qui disposent d'une juridiction constitutionnelle spécialisée prévoient un quorum. Le quorum exigé pour que la juridiction puisse statuer doit habituellement, en Europe, être supérieur à la majorité simple des juges de la juridiction. Le quorum le plus fréquent dans les pays européens pour les juridictions constitutionnelles semble être celui des deux tiers des juges, par exemple en Albanie, en Arménie, en Autriche, en Azerbaïdjan, au Bélarus, en Bulgarie, en Fédération de Russie, en Géorgie, en Hongrie, en Lituanie, en République de Moldova, en République tchèque et en Roumanie. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne se compose de deux Sénats de huit juges chacun. En vertu de l'article 15(2) de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale, le quorum prévu pour chaque Sénat est d'au moins six juges. Ce quorum représente les trois quarts des membres du Sénat. Le même quorum doit être atteint à la Cour constitutionnelle d'Andorre et à la Cour constitutionnelle de Géorgie, lorsqu'elles siègent en conseil (c'est-à-dire en chambre). À l'inverse, il est peu fréquent que le quorum d'une juridiction constitutionnelle soit fixé à la majorité simple des juges présents, comme c'est le cas en Slovaquie.

¹⁵ En Autriche, par exemple, un court délai de quatre semaines à peine est prévu pour l'examen des élections au Parlement européen et des élections présidentielles, ainsi que pour les demandes relatives à la constitution et aux activités des commissions d'enquête du Conseil national.

¹⁶ Le Protocole n° 30 du traité de Lisbonne ne fait pas obstacle à cette idée.

70. Le système autrichien, qui a connu une situation d'incapacité à agir de la Cour constitutionnelle en raison de l'instabilité politique qui régnait dans les années 30, ce qui avait d'ailleurs conduit à la suppression de cette juridiction, prévoit des garanties particulières pour que la Cour statue en formation plénière dans chaque affaire. Afin de garantir le bon fonctionnement de la Cour, un système de six suppléants aux 12 juges de la Cour a été mis en place. Les juges siègent uniquement en nombre réduit lorsqu'il en est décidé ainsi en cas de renvoi de l'affaire, ce qui est rare ; la loi prévoit alors une obligation de présence minimale de huit juges (sans compter le président) ce qui correspond à au moins deux tiers des juges.

71. La comparaison effectuée avec les autres pays d'Europe montre que la présence obligatoire d'au moins 13 juges du Tribunal constitutionnel lorsque cette dernière statue en formation plénière de 15 juges va nettement au-delà des exigences en la matière des autres États européens. Bien que, conformément aux normes européennes habituelles, le quorum d'une juridiction constitutionnelle doit être supérieur à la moitié des juges, le chiffre de 13 juges sur 15 est inhabituellement élevé, surtout s'il n'existe aucun système de juges suppléants, comme celui que prévoit l'Autriche ou la Cour européenne des droits de l'homme. Ce quorum élevé n'existe pas dans les autres pays européens pour une raison très simple : une exigence aussi stricte risque de bloquer le processus décisionnel de la Cour et de le rendre inefficace, en l'empêchant d'exercer ses attributions essentielles de garantie de la constitutionnalité de la législation.

72. Pour déterminer si ce quorum extrêmement élevé respecte ou non les normes européennes, il convient de l'examiner au vu des autres dispositions, notamment en vérifiant si sa combinaison avec d'autres dispositions peut entraîner un dysfonctionnement de la Cour.

3. La majorité requise pour l'adoption des décisions : la majorité des deux tiers

73. Selon l'article 99(1) modifié de la loi, les décisions prononcées par le Tribunal constitutionnel siégeant en formation plénière dans les affaires générales doivent être rendus à la majorité des deux tiers des juges. Au vu du nouveau quorum, plus élevé, une décision doit désormais être approuvée par au moins neuf juges lorsque le Tribunal constitutionnel statue en formation plénière. Les mêmes dispositions – quorum et majorité des deux tiers des voix – s'appliquent à l'Assemblée générale du Tribunal, qui exerce des compétences organisationnelles étendues¹⁷. La majorité simple est uniquement requise lorsque le Tribunal statue en collège de sept ou trois juges (requêtes individuelles et questions préjudicielles des juridictions de droit commun).

74. Si l'on compare cette majorité requise avec celle de la plupart des systèmes judiciaires européens, on constate que seule une majorité simple y est prévue. Ce principe souffre quelques exceptions limitées, que le Gouvernement mentionne (CDL-REF(2016)015), sans toutefois tenir compte de leurs caractéristiques particulières, ce qui est pourtant indispensable pour apprécier convenablement ces situations.

75. Une majorité des deux tiers est requise lorsque des compétences particulières sont conférées aux juridictions constitutionnelles d'Arménie, d'Allemagne, de Hongrie, de Roumanie, de Fédération de Russie, de Serbie, de « l'ex-République yougoslave de Macédoine » et de Turquie. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne se prononce à la majorité des deux tiers sur la déchéance de droits fondamentaux, l'interdiction d'un parti politique, la destitution du président fédéral par le *Bundestag* ou le *Bundesrat*, ainsi que sur la révocation des juges fédéraux et des juges des Länder (article 13, paragraphe 1, alinéas 1, 2, 4 et 9 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale). Dans ces cas de compétence répressive, une telle exigence vise à protéger une minorité, un parti (d'opposition) particulier ou le chef de l'État contre une ingérence étendue dans ses droits fondamentaux et sa participation au processus

¹⁷ Article 10(1), tel que modifié, et 8 de la loi relative au Tribunal constitutionnel.

démocratique. C'est la raison pour laquelle cet exemple ne peut être avancé en guise d'argument comparatif pour légitimer l'application d'un principe général à l'ensemble des affaires dans lesquelles une juridiction statue en formation plénière.

76. L'autre exemple mentionné à ce propos par les autorités polonaises est celui d'une compétence de plein droit, qui existe en Serbie et en Fédération de Russie. Selon l'article 50 de la loi relative à la Cour constitutionnelle de Serbie, la procédure de contrôle de la constitutionnalité ou de la légalité des actes généraux peut être engagée par la Cour constitutionnelle elle-même sur la base d'une décision prise à la majorité des deux tiers des voix de l'ensemble de ses juges. Là encore, il s'agit d'une compétence particulière d'engagement d'une procédure par la Cour, qui n'existe pas pour la plupart des juridictions constitutionnelles, y compris le Tribunal polonais. L'article 72 de la loi constitutionnelle fédérale de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie précise que les décisions relatives à l'interprétation de la Constitution¹⁸ fédérale sont adoptées à la majorité des deux tiers au moins du nombre de juges en fonction, alors que les affaires de contrôle de la constitutionnalité ne requièrent qu'une majorité simple. L'exigence de majorité des deux tiers a dans ce cas pour fonction de limiter une compétence – étendue – particulière de la Cour constitutionnelle. C'est pourquoi les exemples de la Russie et de la Serbie ne peuvent tenir lieu d'argument comparatif pour légitimer l'application d'un principe général à l'ensemble des affaires dans lesquelles une juridiction statue en formation plénière.

77. La justice constitutionnelle présente une autre caractéristique : l'obligation de prise de décisions à l'unanimité lorsque seul un petit nombre de juges, en général trois, est compétent pour statuer dans une affaire. En Autriche, la « petite formation » de cinq juges décide de l'irrecevabilité d'une requête à l'unanimité ; les autres décisions sont prises à la majorité simple. Il convient de noter que cette exigence vise à protéger la compétence de la plénière : en l'absence de décision prise à l'unanimité, une décision sur le fond doit être rendue. En outre, chaque juge de la Cour (même ceux qui ne siègent pas dans cette formation précise,) peut renvoyer une affaire de la petite formation devant la plénière. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne décide à l'unanimité, lorsqu'elle siège en collège de trois juges, de l'irrecevabilité des requêtes individuelles (article 93d(1) de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale). Mais la procédure ne s'arrête pas là ; en l'absence de l'unanimité des trois juges, l'affaire est renvoyée devant un collège plus important, c'est-à-dire le Sénat (article 93b). L'exigence d'unanimité prévue dans ce cas vient compenser le caractère réduit du collège et tient lieu de garantie en faveur des requérants. Par conséquent, l'exigence plus rigoureuse prévue pour les collèges de trois ou cinq juges (au lieu de la formation plénière) ne peut pas davantage faire office d'argument comparatif pour légitimer l'application d'un principe général à l'ensemble des affaires dans lesquelles une juridiction statue en formation plénière.

78. Ces situations très particulières ne peuvent être invoquées pour affirmer que la majorité qualifiée est la norme en Europe ; elles concernent principalement des décisions particulières, qui bien souvent ne règlent pas une affaire, ne donnent pas une interprétation de la Constitution et ne prononcent pas la nullité d'une loi.

79. Au vu de cette étude comparée, la majorité des deux tiers requise pour rendre une décision n'est à l'évidence pas un principe général applicable aux décisions rendues en plénière ou en chambre par les juridictions constitutionnelles d'Europe. Une exigence aussi stricte risque de bloquer le processus décisionnel du Tribunal et de le rendre inefficace, en l'empêchant d'exercer ses attributions essentielles de garantie de la constitutionnalité de la législation.

¹⁸ Ces procédures non contentieuses ne portent pas sur la contestation de la constitutionnalité d'une loi. Le Tribunal constitutionnelle donne une interprétation généralement contraignante d'une disposition de la Constitution.

80. La loi relative à la Cour constitutionnelle de la République tchèque impose également que certaines décisions de cette juridiction soient prises à une majorité qualifiée : neuf juges présents sur un nombre total de 15 juges. Le quorum de la Cour est fixé à 10 juges. Si tous les juges sont présents, la majorité requise équivaut aux trois cinquièmes (60 %) ; lorsque les juges sont moins nombreux, par exemple en cas de maladie, ce ratio augmente automatiquement. L'obligation de majorité particulière s'applique au cas de haute trahison du Président de la République et à la dévolution de ses pouvoirs au Premier ministre, au contrôle des traités avant leur ratification et à l'annulation des lois ou de certaines de leurs dispositions.

81. Le cas de la Pologne se distingue de l'exemple tchèque en ce que l'article 190(5) de la Constitution polonaise précise que les décisions du Tribunal constitutionnel « *sont rendues à la majorité des voix* ». Le Gouvernement soutient que l'absence du mot « simple » permet de prévoir une majorité qualifiée, mais cette interprétation semble contraire au libellé de cette disposition. Le Tribunal constitutionnel a constamment considéré, comme d'ailleurs les constitutionnalistes polonais dans leur grande majorité, voire à l'unanimité, que l'article 190(5) imposait une majorité simple, ce qui indique que cette interprétation fait désormais partie de la pratique constitutionnelle.

82. Cette pratique constitutionnelle bien établie ne saurait être modifiée par le législateur ordinaire, mais uniquement par une modification de la Constitution, qui exige une majorité qualifiée. Le fait de mettre en place une majorité plus élevée de juges au moyen d'une loi ordinaire est contraire au principe de l'état de droit, et éventuellement au droit interne polonais. Quant au fait de savoir si l'article 99(1) de la loi, telle que modifiée, est lui aussi inconstitutionnel, il s'agit d'une question d'interprétation du droit constitutionnel polonais qui doit être tranchée par l'organe compétent, c'est-à-dire le Tribunal constitutionnel, au moyen d'une décision définitive et contraignante.

83. Enfin, il convient de souligner qu'il n'est pas cohérent de prévoir une majorité qualifiée dans les affaires générales introduites par les organes étatiques, et une majorité simple dans les affaires individuelles. Cela signifierait en effet qu'une loi pourrait être contestée dans le cadre d'une procédure générale devant la formation plénière du Tribunal et que cette loi parviendrait à « survivre » à une majorité simple de juges qui concluraient à son inconstitutionnalité, faute de la majorité des deux tiers requise. Cette même loi, contestée dans le cadre d'une requête individuelle, pourrait être annulée à la majorité simple de quatre des sept juges. Il est vrai que les procédures abstraites sont réputées plus complexes et qu'un niveau de contrôle plus approfondi peut s'appliquer. Néanmoins, le fait est que la même disposition pourrait se voir appliquer des normes de contrôle différentes et que son annulation ou non dépendrait du type de procédure engagée pour en contester la validité. Il importe de remédier à cette contradiction en abaissant la majorité requise pour les décisions rendues en formation plénière à la majorité simple.

4. Le délai prévu pour les audiences

84. En vertu de l'article 87(2) modifié, « *[l]'*audience ne peut avoir lieu avant un délai de trois mois à compter de la notification de la date de l'audience aux parties à la procédure ; ce délai est de six mois pour les affaires dans lesquelles le Tribunal statue en formation plénière ».

85. La fixation d'un délai d'au moins trois mois pourrait rester sans conséquence négative dans un certain nombre d'affaires. Il ne fait aucun doute que ces trois mois permettront aux parties de préparer leur affaire de manière approfondie. C'est la raison pour laquelle la pratique de nombreuses juridictions constitutionnelles consiste à annoncer une audience un ou deux mois à l'avance, sans qu'aucune disposition n'impose de délai minimal strict. Les juridictions suivent en revanche les principes généraux de procès équitable et d'égalité des armes lorsqu'elles fixent une date. Un délai plus long pourrait se justifier dans une affaire

particulièrement complexe, comme cela a été le cas dans la procédure MES/OMT engagée devant diverses juridictions. La Cour constitutionnelle autrichienne, par exemple, informe en principe les parties de la date à peine deux semaines avant l'audience, et seulement une semaine avant l'audience dans les affaires urgentes.

86. Il n'existe en Europe aucune règle uniforme qui fixe la durée concrète du délai prévu pour les audiences, mais le principe est qu'une marge d'appréciation doit être laissée à la juridiction concernée pour définir le délai applicable aux procédures, et notamment pour fixer la date des audiences publiques. Les juridictions constitutionnelles ont en effet besoin de souplesse dans les situations de crise. Citons à ce propos les affaires terroristes, comme l'affaire « Schleyer-Fraction Armée rouge » dont a été saisie la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans laquelle un grand nombre de passagers et un haut dirigeant avaient été pris en otage par des terroristes et l'issue de la procédure constitutionnelle était une question de vie ou de mort¹⁹.

87. Le fait d'imposer un délai aussi long pour la tenue des audiences pourrait priver les mesures prises par le Tribunal d'une bonne partie de leurs effets et, dans bien des cas, les rendre inutiles, même si l'on tient compte des exceptions prévues au paragraphe 2a (saisine du Président de la République polonaise, affaires relatives aux droits de l'homme et affaires relatives au Règlement du *Sejm* ou du Sénat). Aucune disposition générale ne permettrait au Tribunal de réduire ce délai en cas d'urgence. Cette situation, là encore, est contraire à l'exigence de durée raisonnable de la procédure, consacrée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

5. Conclusion des questions procédurales

88. Chaque modification de la procédure examinée ci-dessus pose problème en soi, mais l'effet cumulé de ces modifications entraverait gravement l'efficacité du Tribunal constitutionnel, en rendant extrêmement difficile sa prise de décision et en ralentissant sa procédure. Le Tribunal ne pourrait plus assumer de manière effective son rôle de gardien de la Constitution. L'exigence d'une majorité des deux tiers, associée à un quorum élevé et la règle de ordre de traitement séquentiel des affaires, a de graves conséquences sur le bon fonctionnement du Tribunal constitutionnel.

89. Dans son rapport sur la prééminence du droit, la Commission de Venise souligne que « [t]oute personne doit pouvoir contester les actes et décisions de l'administration qui sont préjudiciables à ses droits ou intérêts. L'interdiction de cette contestation est contraire à la prééminence du droit »²⁰ et que « [l]'affaire doit être entendue et tranchée dans un délai raisonnable, au cours d'un procès équitable et public »²¹. « Parmi les droits les plus évidemment associés à la prééminence du droit figurent (1) le droit d'accès à la justice [...], le droit à un recours effectif (article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme) [...]; l'affaire doit être entendue et tranchée dans un délai raisonnable [...] »²².

90. « La justice constitutionnelle est un élément clé du système de freins et contrepoids d'une démocratie constitutionnelle »²³. Dans ces conditions, les effets des amendements, notamment leur combinaison, menacent non seulement l'état de droit, mais également le bon fonctionnement du système démocratique, car ils pourraient rendre inefficace une

¹⁹ Arrêt du 16 octobre 1977, n° 1 BvQ 5/77.

²⁰ CDL-AD(2011)003rev, Rapport sur la prééminence du droit - Adopté par la Commission de Venise lors de sa 86e session plénière (Venise, 25-26 mars 2011), paragraphe 53.

²¹ *Ibid.*, paragraphe 56.

²² *Ibid.*, paragraphe 60.

²³ CDL-AD(2013)012, Avis sur la Quatrième révision de la Loi fondamentale hongroise, adopté à sa 95^e session plénière par la Commission plénière, Venise, 14-15 juin 2013, par ; 76.

composante importante des freins et contrepoids. Les droits de l'homme seraient menacés, car le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant²⁴ – le Tribunal constitutionnel – serait compromis, tout comme la capacité du Tribunal de garantir le respect des droits de l'homme dans la législation nationale.

91. Afin de concilier le désir de favoriser la transparence, d'accélérer la procédure devant le Tribunal et de veiller à ce que l'ordre de traitement des affaires ne fasse pas l'objet d'une marge d'appréciation excessive, la Commission de Venise recommande de mettre en place d'autres mesures conformes à l'état de droit, par exemple en renforçant la transparence de l'actuel système d'attribution et de traitement des affaires du Tribunal et en prévoyant des délais raisonnables pour le règlement des affaires.

C. Procédure disciplinaire et révocation des juges

92. Selon l'article 28a modifié, « [l]a procédure disciplinaire peut également être engagée sur demande du Président de la République de Pologne ou du ministre de la Justice, au plus tard trois semaines après la date de réception de la demande, sauf si le président du Tribunal cette demande non fondée ». Avant cet amendement, le pouvoir exécutif n'était pas habilité à engager une procédure disciplinaire.

93. Il est vrai que d'autres pays, par exemple l'Allemagne et l'Autriche, prévoient la possibilité d'engager une procédure disciplinaire à l'encontre des juges de la juridiction constitutionnelle ; mais cette procédure disciplinaire n'y est pas engagée par les autorités politiques. La justification de l'insertion de cette disposition dans la loi polonaise n'est pas très claire. La loi ne confère pas le pouvoir d'engager cette procédure à un autre acteur externe et le Président et le ministre de la Justice ne jouent aucun rôle particulier dans la procédure pénale qui pourrait être engagée à l'encontre des juges constitutionnels aux conditions fixées aux articles 24 à 27 de la loi.

94. Il est particulièrement inquiétant, du point de vue de l'indépendance du Tribunal et de la séparation des pouvoirs, que le nouvel article 31a(1) de la loi prévoit que « [d]ans les affaires particulièrement flagrantes, l'Assemblée générale demande au Sejm de révoquer le juge du Tribunal ». L'Assemblée générale pourrait prendre cette initiative sur demande du Président de la République ou du ministre de la Justice (article 31a(2)), bien que le Tribunal constitutionnel ait toute liberté de décision. Mais la décision finale est prise par le Sejm. Ces nouvelles dispositions sont extrêmement contestables, puisque le Parlement, qui par sa nature même prend également des décisions sur la base de considérations politiques, peut désormais mettre fin au mandat d'un juge. En tout état de cause, ces dispositions ne peuvent être insérées sans un fondement constitutionnel explicite.

²⁴ Voir par exemple *Hirschhorn c. Roumanie*, 29294/02, 26 juillet 2007, paragraphe 49 ; *Hornsby c. Grèce*, 18357/91, 19 mars 1997, paragraphe 40 ; *Burdov c. Russie*, 59498/00, 7 mai 2002, paragraphes 34 et suivants ; *Gerasimov et autres c. Russie*, 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/11, 45381/11, 55929/11, 60822/11, 1er juillet 2014, paragraphe 168. Au sujet de l'article 14.1, première phrase, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), le Comité des droits de l'homme indique que « l'article 14 s'entend du droit d'accès aux tribunaux de toute personne qui fait l'objet d'une accusation en matière pénale ou dont les droits et obligations de caractère civil sont contestés. L'accès à l'administration de la justice doit être garanti effectivement dans tous les cas afin que personne ne soit privé, en termes procéduraires, de son droit de se pourvoir en justice », Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 32, Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), paragraphe 9.

D. Abrogation de certaines dispositions de la loi

95. Les amendements abrogent l'article 16 de la loi, qui énonce le principe de l'indépendance des juges de la Cour. Le ministre de la Justice soutient que cette abrogation, à l'instar de celles qui sont examinées plus loin, est pratiquée dans un simple souci de nettoyage de la loi, afin d'éviter la répétition des dispositions de la Constitution. Même si le principe de l'indépendance des juges est consacré à l'article 185(1) de la Constitution, le fait d'abroger cet article dans la situation de controverse politique et constitutionnelle actuelle équivaldrait indéniablement à adresser un signe négatif à un moment mal choisi.

96. Les articles 17, 19 et 20 de la loi fixent la procédure d'élection des juges au Tribunal constitutionnel. À l'exception de l'article 17, ces dispositions ont été abrogées par l'amendement. La suppression de ces dispositions signifie que l'élection des juges est régie par le Règlement du *Sejm*, comme c'était autrefois le cas avant l'adoption de la nouvelle loi en juin 2015. Ce choix est regrettable, car, comme le montre la crise actuelle, l'élection des juges au Tribunal constitutionnel revêt une importance particulière pour la justice constitutionnelle et devrait être réglée par une loi dont la constitutionnalité peut être contrôlée par le Tribunal elle-même.

97. Enfin, un certain nombre d'autres dispositions ont été abrogées sans raison apparente. Il appartiendra au Tribunal de déterminer si l'abrogation de ces dispositions est constitutionnelle.

E. Composition de la Cour

98. Comme indiqué plus haut dans la partie II consacrée à la portée du présent avis, la question de la composition du Tribunal est étroitement liée au fonctionnement de celui-ci, notamment au quorum. Le présent avis porte donc également sur la question des nominations.

1. Adoption des articles 137 et 137a de la loi relative à la Cour

99. Les amendements du 22 décembre 2015, qui font l'objet du présent avis, ont été précédés par des modifications adoptées par le *Sejm* lors de la précédente législature, avant les élections de 2015 (pour plus de précisions, voir la chronologie). En juin 2015, le règlement a adopté la loi relative au Tribunal constitutionnel, qui est entrée en vigueur le 30 août 2015. Une proposition importante, qui avait été établie de manière consensuelle par le groupe de travail chargé de l'élaboration de cette loi, a été supprimée au cours du processus d'adoption du texte ; elle prévoyait que des institutions neutres, telles que l'université, la magistrature ou le barreau, devaient être habilitées à proposer au *Sejm*, c'est-à-dire au cours de la phase de présélection, des candidats à la fonction de juge. Elle a été remplacée par une disposition transitoire, l'article 137, qui précise que, « *[e]n cas d'expiration en 2015 du mandat de juges au Tribunal, le délai de dépôt de la proposition de candidats visée à l'article 19, alinéa 2, est de 30 jours à compter de l'entrée en vigueur de la loi* ». Comme l'amendement prend en compte l'année 2015 dans son intégralité, cela signifie que la septième législature du *Sejm* serait en mesure d'élire les juges au Tribunal constitutionnel même après l'achèvement de son propre mandat.

100. En vertu de l'article 98(1) de la Constitution, le mandat du *Sejm* débute le jour où le *Sejm* se réunit à l'occasion de sa première session et se poursuit jusqu'à la veille du jour où le *Sejm* de la législature suivante se réunit à son tour. Les élections législatives ont eu lieu en Pologne le 25 octobre 2015. La première session de la huitième législature du *Sejm* a débuté le 12 novembre 2015. La septième législature du *Sejm* a par conséquent duré jusqu'au 11 novembre 2015.

101. En pratique, les juges élus par la septième législature du *Sejm* étaient censés remplacer non seulement trois juges dont le mandat expirait le 6 novembre 2015, mais également deux

juges dont le mandat prenait fin respectivement les 2 et 8 décembre 2015. De fait, au cours de la dernière session de la septième législature, le 8 octobre 2015, le *Sejm* a adopté cinq résolutions au moyen desquelles il a élu cinq nouveaux juges au Tribunal constitutionnel. Mais le Président polonais a refusé de recevoir la prestation de serment des juges élus²⁵.

102. Au cours de la première session de la huitième législature du *Sejm*, des projets d'amendement à la loi ont été déposés. Ces amendements abrogeaient l'article 137 de la loi et inséraient un nouvel article 137a, qui permettait au nouveau *Sejm* de pourvoir rétroactivement tous les postes vacants de l'année 2015. Cet amendement a été adopté le 19 novembre 2015 et promulgué par le Président polonais le lendemain.

103. Le 25 novembre 2015, le *Sejm* a adopté des résolutions qui déclaraient nulle et non avenue l'élection de cinq juges au Tribunal constitutionnel le 8 octobre 2015. Cinq candidats à une nouvelle élection de juges ont été proposés le 1^{er} décembre 2015. Nonobstant la mesure préventive ordonnée par le Tribunal constitutionnel le 30 novembre 2015, le *Sejm* a élu cinq nouveaux juges au Tribunal constitutionnel le 2 décembre 2015. Au cours de la nuit du 2 décembre, le Président polonais a reçu la prestation de serment des nouveaux juges élus.

104. Le 3 décembre 2015, le Tribunal constitutionnel a conclu que l'article 137 de la loi était conforme à l'article 194(1) de la Constitution pour les trois juges au Tribunal constitutionnel dont le mandat avait expiré le 6 Novembre 2015, mais inconstitutionnel pour les deux juges dont le mandat avait expiré les 2 et 8 décembre 2015.

105. Le 9 décembre 2015, le Tribunal constitutionnel a jugé que l'article 137a de la loi n'était pas conforme à l'article 194(1), combiné à l'article 7, de la Constitution pour les trois postes vacants du 6 novembre 2015.

²⁵ Dans l'arrêt *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), la Cour suprême des États-Unis était confrontée à une question un peu similaire. En l'espèce, le président sortant des États-Unis (John Adams) avait nommé un certain nombre de personnes à des fonctions publiques sur avis du Sénat et avec son consentement, dont William Marbury, qui avait été nommé juge de paix. Le secrétaire d'État du nouveau président, membre d'un autre parti politique, avait cependant refusé de notifier à ces personnes leur nomination, ce qui avait amené Marbury à engager une action en justice.

La Cour suprême a déclaré que la procédure de nomination s'était achevée à partir du moment où la nomination était intervenue et que le fait de ne pas la notifier était illégal. Selon la Cour, la procédure de nomination s'est achevée « au moment où le dernier acte que devait effectuer l'auteur » de la nomination a été effectué (paragraphe 157). L'acte en question est celui de l'apposition de la signature du président et du sceau des États-Unis sur l'acte de nomination. La notification ultérieure de la nomination ne fait plus partie de la procédure de nomination. La Cour a observé que, « à partir d'une certaine date, le pouvoir de l'exécutif sur un agent qu'il ne peut révoquer comme il l'entend doit prendre fin. Cette date doit correspondre au moment où le pouvoir de nomination conféré par la Constitution a été exercé. Ce pouvoir a été exercé lorsque le dernier acte que doit effectuer le titulaire de ce pouvoir a été effectué » (paragraphe 157).

La Cour a par ailleurs indiqué que, une fois la nomination effectuée et l'acte de nomination signé, le secrétaire d'État d'un président ultérieur, membre d'un autre parti politique, ne pouvait pas valablement refuser de notifier cette nomination sur instruction du nouveau président. « Il ne s'agit pas d'une procédure susceptible de varier en fonction de ce que l'exécutif juge plus souhaitable, mais d'une procédure précise, exactement définie par la loi et qui doit être rigoureusement appliquée » (paragraphe 158). En outre, « lorsque l'exécutif ne peut révoquer comme il l'entend l'agent, sa nomination ne peut être révoquée et ne peut être annulée. Elle confère des droits prévus par la loi dont le titulaire ne peut être dépossédé. Le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif s'exerce jusqu'au moment où la nomination a été effectuée ; une fois cette nomination effectuée, le pouvoir qu'il exerce sur la fonction prend fin dans tous les cas définis par la loi où il ne peut révoquer l'agent » (paragraphe 162). La rétention de l'acte de nomination constitue par conséquent [...] une violation d'un droit acquis et prévu par la loi ».

106. À la suite de la décision d'irrecevabilité rendue dans l'affaire n°U 8/15 du 7 janvier 2016 (prononcée le 11 janvier 2016), qui rejetait le recours déposé contre les résolutions adoptées par le *Sejm* le 2 décembre 2015 au motif qu'il ne s'agissait pas d'actes normatifs relevant de la compétence de la Cour, le président du Tribunal a admis à siéger les deux juges élus le 2 décembre 2015 au titre des postes vacants à compter des 2 et 8 décembre 2015, mais non les trois juges élus au titre des postes déclarés vacants le 6 novembre 2016.

107. En conséquence, Le Tribunal est composé désormais de douze juges de plein droit et deux groupes de trois juges privés de compétences judiciaires, les « juges d'octobre » élus par la septième législature du *Sejm* et les « juges de décembre » élus par la huitième législature du *Sejm*. Toutefois, leurs mandats respectifs reposent sur une base juridique très différente. Les élections de décembre ont été organisées en dépit de l'injonction du Tribunal constitutionnel au *Sejm* de ne pas élire d'autres juges. Le *Sejm* a élu cinq personnes la veille de l'audience du Tribunal sur la validité de la loi de juin et de son article 137. Alors que le Président refusait depuis deux mois de recevoir le serment des juges élus en octobre en invoquant ses doutes sur la validité de leur élection, il semble qu'il n'ait aucunement douté de la validité de l'élection de décembre, bien que l'article 137a, prévoyant l'élection des successeurs de l'ensemble des juges dont le mandat prenait fin en 2015, ait été contesté dans une affaire pendante devant le Tribunal. Sans attendre la décision du Tribunal, le Président a immédiatement reçu le serment des intéressés.

108. Les experts gouvernementaux font valoir que ce serment est déterminant pour la validité finale de la nomination. Toutefois, à l'inverse du serment des députés (dans l'enceinte du *Sejm* – article 104, par. 2, de la Constitution) et des membres du Gouvernement (en présence du Président de la République – article 151 de la Constitution), le serment des juges du Tribunal constitutionnel est régi seulement par la loi sur le Tribunal et non par la Constitution elle-même. Dans ces conditions, la prestation de serment ne peut être requise pour valider l'élection des juges constitutionnels. La prestation de serment devant le Président est certes importante – y compris pour manifester clairement sa loyauté à la Constitution – mais elle remplit avant tout une fonction cérémonielle.

109. Il convient de rappeler que dans sa décision du 9 décembre, le Tribunal a estimé que le mandat des juges commençait lors de leur élection par le *Sejm* (ou éventuellement à une date ultérieure si le processus d'élection a lieu avant que le poste devienne vacant) et non au moment solennel de la prestation de serment. Cette décision doit être respectée. En vertu de la Constitution polonaise, c'est le Tribunal constitutionnel et non son Président qui est l'arbitre en dernier ressort dans les affaires soulevant une question d'interprétation de la Constitution. Le Président de la République et les autres autorités de l'Etat doivent veiller à l'exécution des décisions du Tribunal.

2. Interdiction faite à la majorité sortante d'élire des juges après les élections législatives en vertu d'une coutume constitutionnelle

110. La délégation de la Commission de Venise a été informée du fait qu'en 1997, après les élections législatives et avant le début de la nouvelle législature du *Sejm*, la majorité sortante du *Sejm* n'avait pas élu trois juges à la Cour, alors qu'elle aurait eu la possibilité de le faire. Le Gouvernement et des experts en droit affirment que ce précédent avait créé une coutume constitutionnelle que la septième législature du *Sejm* devait respecter.

111. Il n'est pas aisé d'identifier une coutume constitutionnelle qui, par sa nature même, représente une composante non écrite de la Constitution. Le rapport consacré par la Commission de Venise à l'amendement constitutionnel a analysé les mécanismes de mise en place d'une coutume constitutionnelle et a constaté qu'ils se développent principalement dans

les anciennes constitutions et « évoluent au fil du temps, reflétant les actions et les perceptions normatives des acteurs politiques »²⁶.

112. S'agissant de la Pologne, il semble prématuré de définir une coutume constitutionnelle sur la base d'un événement unique, qui ne s'est pas même reproduit lorsqu'une nouvelle occasion de le faire s'est à nouveau présentée, en 2015. En tout état de cause, l'organe habilité à identifier une coutume constitutionnelle, le Tribunal constitutionnel, n'a rien fait de tel dans sa décision du 3 décembre 2015. De fait, si en 1997 la nouvelle majorité avait souhaité faire de ce précédent un principe contraignant, le Parlement aurait pu l'adopter sous la forme d'un amendement à la loi relative au Tribunal constitutionnel.

113. Dans sa décision du 3 décembre 2015, le Tribunal a estimé qu'en insérant l'article 137 dans la loi relative au Tribunal constitutionnel, la septième législature du *Sejm* avait violé la Constitution. Ce point de vue est notamment conforme à celui que la Commission de Venise a exprimé en 2014 dans son Avis sur la procédure de nomination des juges à la Cour constitutionnelle en période de transition présidentielle en République slovaque²⁷.

114. La position du Tribunal constitutionnel semble encore plus fondée sur l'héritage constitutionnel européen si l'on prend en compte l'aspect démocratique de la procédure de nomination. La nomination de juges à une juridiction constitutionnelle par un Parlement qui représente le peuple confère une légitimité démocratique au juge et à la juridiction. Comme la composition du Parlement change à l'issue des élections, le nouveau Parlement ne saurait être privé de son pouvoir de prendre ses propres décisions sur les questions qui surviennent au cours de son mandat. Il serait contraire aux principes démocratiques que le Parlement puisse choisir (longtemps) à l'avance les agents publics, et notamment les juges, même si leur mandat expire pendant le mandat de la législature suivante du Parlement. Inversement, le Parlement suivant doit respecter les décisions prises par le Parlement précédent en matière de nomination des agents publics.

3. Le principe de pluralisme

115. Au cours des réunions de Varsovie et dans la note du Gouvernement, les autorités ont évoqué l'application du « principe de pluralisme » aux juridictions constitutionnelles. La Commission de Venise est d'ailleurs citée en qualité de fondatrice de ce principe : « *un parti au pouvoir ne devrait pas être en mesure de faire nommer tous les juges à son gré. En conséquence, il faudrait éviter que la durée du mandat des juges constitutionnels coïncide avec les durées des mandats parlementaires* »²⁸.

116. La Commission de Venise recommande d'ailleurs régulièrement de mettre en place des mécanismes qui contribuent à garantir la composition équilibrée des juridictions constitutionnelles²⁹. Dans son rapport de 1997, la Commission explique ce qu'elle entend par pluralisme : « *la justice constitutionnelle doit, par sa composition, garantir l'indépendance à l'égard des différents groupes d'intérêt et contribuer à l'établissement d'une jurisprudence respectueuse de ce pluralisme* »³⁰. Elle met par conséquent l'accent sur l'indépendance des juges et leur respect du pluralisme, et non sur leur « représentation » des intérêts partisans.

²⁶ CDL-AD(2010)001, Rapport sur l'amendement constitutionnel adopté par la Commission de Venise lors de sa 81^e session plénière (Venise, 11-12 décembre 2009), paragraphe 115 et suivants.

²⁷ CDL-AD(2014)015, Avis sur la procédure de nomination des juges à la Cour constitutionnelle en période de transition présidentielle en République slovaque adopté par la Commission de Venise lors de sa 99^e session plénière (Venise, 13-14 juin 2014), paragraphe 24.

²⁸ CDL-STD(1997)020, La composition des cours constitutionnelles - Science et technique de la démocratie, n° 20 (1997), p. 21.

²⁹ CDL-AD(2009)014, paragraphe 13 ; CDL-AD(2011)010, paragraphe 27 ; CDL-AD(2013)028, paragraphe 21 ; CDL-AD(2015)027, paragraphe 24.

³⁰ CDL-STD(1997)020, p. 21.

117. En Pologne, la majorité gouvernementale affirme que l'actuelle opposition avait eu le temps durant deux législatures du *Sejm* de nommer des juges à son gré. En conséquence, la plupart des juges au Tribunal constitutionnel sont considérés comme des « juges d'opposition ». Selon cette logique, le principe de pluralisme a été violé, puisque la majorité sortante a voulu occuper 14 des 15 sièges du Tribunal constitutionnel.

118. Cette conception du Tribunal constitutionnel, selon laquelle certains juges font partie d'un camp, tandis que d'autres juges font partie du camp adverse, semble considérer le Tribunal comme une autre chambre du Parlement. Elle transparaît de manière particulièrement frappante dans les schémas présentés à la délégation de la Commission de Venise : les juges y étaient figurés sous une couleur particulière, comme s'il s'agissait d'un groupe parlementaire. La Commission de Venise ne peut souscrire à une telle conception et parvient mal à comprendre quel sens a l'établissement du « pluralisme » au Tribunal constitutionnel, si son seul but est de nommer un nombre suffisant de « représentants » de son propre camp au sein de cette juridiction. Cette logique semble présumer que l'absence de ce pluralisme des partis a valeur d'argument juridiquement pertinent, alors que cette notion n'a aucun fondement constitutionnel.

119. Il est légitime que les parlementaires représentent les idées des partis politiques, mais leur rôle est très différent de celui des juges d'une juridiction constitutionnelle. Les juges constitutionnels ont un « devoir d'ingratitude » vis-à-vis des autorités qui les ont élus ou nommés. Ils peuvent être nommés par un parti et être élus par les parlementaires de ce même parti, mais ils ne sauraient représenter ce parti. En leur qualité de juges, ils sont indépendants et doivent faire preuve de loyauté à l'égard de la Constitution, et non à l'égard de ceux qui les ont élus.

120. Au cours de sa visite à Varsovie, la délégation de la Commission a appris que trois juges du Tribunal avaient été élus avec les voix de l'opposition. Le fait de considérer ces juges comme des « juges d'opposition » n'a donc pas de sens. De même, les autres juges, qui ont été élus à la majorité des voix, ne peuvent être considérés comme les représentants du parti qui a voté pour eux.

121. Il est évident que le conflit actuel au sujet de la composition du Tribunal constitutionnel découle des mesures votées par le *Sejm* précédent. Cependant, il convient également de souligner que depuis la décision du 3 décembre 2015 les deux juges élus par la huitième législature du *Sejm*, conformément à cette décision, siègent au sein de la Cour. Il est donc malaisé de déterminer pour quelle raison les amendements du 22 décembre 2015 continueraient à être présentés comme un moyen de remédier aux agissements inconstitutionnels de la précédente majorité.

122. En outre, la majorité gouvernementale soutient que les cinq postes auraient tous pu devenir vacants au cours de la huitième législature du *Sejm* si le Président avait fixé la date des élections législatives légèrement plus tôt. Il s'agit là d'un argument assez hypothétique. La délégation de la Commission de Venise n'a jamais entendu dire que le Président de la République aurait délibérément retardé la date des élections pour permettre à la septième législature du *Sejm* d'élire trois juges. Dans sa décision du 3 décembre 2015, le Tribunal constitutionnel a conclu que les dates de fin de la septième législature du *Sejm* et de début de la huitième législature du *Sejm* déterminaient quels postes vacants pouvaient être pourvus par la législature concernée du Parlement.

123. En sa qualité d'acteur politique, le *Sejm* est également le mieux placé pour engager un dialogue susceptible d'aboutir à une solution politique. Il est indispensable de sortir de l'impasse actuelle ; dans une démocratie constitutionnelle, la solution doit reposer sur la Constitution, selon l'interprétation retenue par le Tribunal constitutionnel, qui a compétence en

la matière. La Commission de Venise invite donc le Sejm à trouver une solution conforme à l'état de droit et en respectant les décisions du Tribunal constitutionnel.

124. Les décisions rendues par une juridiction constitutionnelle, qui sont contraignantes en droit constitutionnel interne, doivent être respectées par les autres organes politiques ; c'est là une norme européenne et internationale essentielle à la séparation des pouvoirs, à l'indépendance de la justice et au bon fonctionnement de l'état de droit. Cela vaut tout particulièrement pour la décision rendue par le Tribunal à propos de la nomination des nouveaux juges d'octobre et décembre 2015. Le Tribunal constitutionnel a conclu que l'élection des juges dont le poste était devenu vacant en décembre 2015, c'est-à-dire après la reprise des travaux du nouveau *Sejm*, ne relevait pas de la compétence de l'ancien *Sejm*. Ce verdict doit être respecté par l'ancien Gouvernement, qui se trouve aujourd'hui dans l'opposition. L'élection de ces juges par la huitième législature du *Sejm* est conforme à la Constitution. D'autre part, l'élection des juges qui occupent un poste devenu vacant au cours du mandat de la septième législature du *Sejm* est elle aussi conforme à la Constitution et doit être respectée par le nouveau *Sejm*.

125. Enfin, la délégation de la Commission de Venise a appris que, au moment où elle était à Varsovie, un projet d'amendement à la Constitution a été déposé devant le Parlement. La Commission n'a pas eu la possibilité d'analyser ce projet d'amendement, mais il semble qu'il comporte une disposition qui met fin au mandat de l'ensemble des juges du Tribunal constitutionnel. Une mesure aussi radicale, même si elle était adoptée à une majorité conforme à la Constitution, constituerait une violation flagrante des normes européennes et internationales, notamment de l'état de droit et de la séparation des pouvoirs.

VI. Une coopération loyale entre les différents pouvoirs de l'État

126. Comme le montrent les décisions du Tribunal constitutionnel de Pologne, la majorité précédente et la majorité actuelle au *Sejm* ont pris des mesures inconstitutionnelles, qui semblent motivées par l'idée qu'une (simple) majorité parlementaire peut modifier le cadre légal en sa faveur, en allant jusqu'au bout des limites posées par la Constitution – voire au-delà. Cette pratique est contraire au modèle du système démocratique, fondé sur l'état de droit et régi par le principe de la séparation des pouvoirs.

127. Sur la base des informations recueillies au cours de la visite à Varsovie, l'appréciation générale de la situation révèle l'existence d'une politique menée par une majorité simple au Parlement, qui vise à influencer la composition du Tribunal constitutionnel et ses procédures dans un sens qui n'est pas conforme au principe de l'état de droit énoncé par les normes européennes et internationales.

128. Dans son avis de 2012 sur la Roumanie, qui présente un certain nombre de similitudes avec la situation actuelle, la Commission de Venise soulignait qu' *« il n'y avait pas de distinction entre les institutions et leur personnel, comme en témoigne la façon dont les titulaires de fonctions ont été traités en tant que représentants des forces politiques qui les avaient nommés ou élus. Les titulaires de fonctions étaient peut-être censés favoriser les positions des différents partis politiques et une nouvelle majorité parlementaire pouvait s'estimer en droit de révoquer les personnes nommées par une précédente majorité. Ce manque de respect pour les institutions est étroitement lié à un autre problème dans la culture politique et constitutionnelle : le non-respect du principe de coopération loyale entre les institutions »*.

129. La Commission estimait également que, *« [a]pparemment, certaines parties prenantes estimaient que toute action menée en respectant la lettre de la Constitution était admissible, imaginant peut-être que la majorité peut agir à sa guise parce qu'elle est la majorité. A l'évidence, il s'agit là d'une conception erronée de la démocratie. La démocratie ne peut se réduire à la règle de la majorité ; une telle domination de la majorité est limitée par la Constitution et les lois, essentiellement afin de protéger les intérêts des minorités.*

Naturellement, la majorité dirige le pays au cours d'une législature mais elle ne doit assujettir la minorité ; elle a l'obligation de respecter les perdants des dernières élections »³¹.

130. Les institutions constitutionnelles doivent s'entendre en faisant preuve de maturité, c'est-à-dire en acceptant que, même lorsqu'une réforme politique est emmenée par un puissant élan, elle demeure dans les limites posées par la Constitution et qu'il appartient à l'organe compétent, le Tribunal constitutionnel, de déterminer si ces limites sont outrepassées.

131. La Commission de Venise a également été informée de propos diffamatoires qui auraient été tenus à l'égard des membres du Tribunal constitutionnel. Là encore, les éléments de l'avis rendu par la Commission au sujet de la Roumanie présentent une certaine pertinence. La Commission y soulignait que :

« 62. Qu'elles émanent du président, des membres du gouvernement ou du parlement, les déclarations portant atteinte à la crédibilité des juges sont extrêmement préoccupantes, même si elles n'empêchent pas formellement les juges de remplir leur mandat constitutionnel. Elles sont préjudiciables aux institutions de l'Etat, et donc à l'Etat tout entier, même si leurs auteurs les retirent par la suite.

63. Dans le cadre de ses fonctions officielles, une personne dépositaire d'une autorité publique ne jouit pas de la même liberté d'expression qu'un simple particulier. Les organes de l'Etat peuvent naturellement exprimer publiquement leur désaccord avec un arrêt de la Cour constitutionnelle mais, ce faisant, ils doivent s'engager clairement à exécuter cet arrêt et doivent limiter leurs critiques à l'arrêt lui-même. Les attaques personnelles contre l'ensemble des juges ou certains juges sont totalement inadmissibles. Elles menacent la position du pouvoir judiciaire et remettent en cause la confiance et le respect des citoyens dont les magistrats ont besoin.

64. L'indépendance et la neutralité de la Cour constitutionnelle sont mises en péril lorsque d'autres organes de l'Etat ou leurs membres les attaquent publiquement. Ces attaques ne sont pas compatibles avec la position de la Cour, qui est le garant de la suprématie de la Constitution [...], et portent atteinte à l'indépendance et à l'inamovibilité des juges de la Cour, qui sont garanties par la Constitution [...].

65. Un autre aspect du respect dû à la Cour constitutionnelle est l'exécution de ses arrêts. L'Etat de droit et le patrimoine constitutionnel européen exigent un respect et une mise en œuvre efficace des décisions des cours constitutionnelles. [...]. ».

132. Enfin, il est clair que les résolutions des 25 novembre et 2 décembre 2015, ainsi que les amendements des 17 novembre et 22 décembre 2015, ont été adoptés dans la précipitation, sans être examinés de manière suffisamment approfondie par le Parlement. Cette adoption hâtive n'a souvent pas même permis de consulter, comme cela aurait dû être fait, l'opposition et la société civile³². La législation relative aux institutions, comme celle qui concerne le Tribunal constitutionnel, doit faire l'objet d'un examen attentif et approfondi ; les avis de toutes les parties prenantes doivent être pris en considération. Même si le Parlement

³¹ CDL-AD(2012)026, Avis concernant la compatibilité avec les principes constitutionnels et l'Etat de Droit des mesures adoptées par le Gouvernement et le Parlement de Roumanie à l'égard d'autres institutions de l'Etat et l'Ordonnance gouvernementale d'urgence modifiant la loi n° 47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, ainsi que l'Ordonnance gouvernementale d'urgence modifiant et complétant la loi n° 3/2000 sur l'organisation d'un référendum de Roumanie, adopté par la Commission de Venise lors de sa 93e session plénière (Venise, 14-15 décembre 2012), paragraphe 74.

³² CDL-AD(2013)012, CDL-AD(2013)012, *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary* (en anglais), adopté par la Commission de Venise lors de sa 95e session plénière, Venise, 14-15 juin 2013, paragraphe 131.

n'est pas tenu de suivre leur point de vue, ces observations permettent d'éviter de commettre certaines erreurs techniques, qui peuvent être préjudiciables au but poursuivi par la législation. Cette adoption réalisée à la hâte ne saurait se justifier par le fait que la majorité antérieure avait été l'auteur de « regrettables précédents ». Les amendements des 19 novembre et 2 décembre 2015 présentaient un caractère institutionnel et, en tant que tels, méritaient de faire l'objet d'un débat parlementaire complet et approfondi. L'absence en l'espèce d'un tel débat confère une dimension négative au processus législatif.

133. La Commission de Venise invite instamment les autorités polonaises à agir en respectant le principe de coopération loyale entre les organes étatiques dans les relations entre le Président de la République, le Parlement, le Gouvernement et la Cour constitutionnelle de Pologne.

VII. Conclusion

134. Le présent avis, demandé par le ministère polonais des Affaires étrangères, examine la situation constitutionnelle née des amendements à la loi relative au Tribunal constitutionnel du 22 décembre 2015 (promulgués le 28 décembre 2015). Comme ces amendements ont été expressément adoptés pour remédier à un litige portant sur la nomination des juges au Tribunal constitutionnel, l'avis évoque cette situation dans la mesure où la compréhension des amendements l'exige.

135. Les démocraties constitutionnelles ont besoin de freins et contrepoids³³. À cet égard, lorsqu'une juridiction constitutionnelle a été instituée, l'un des moyens essentiels de garantir l'existence de ces freins et contrepoids est l'indépendance de cette juridiction, dont le rôle est tout particulièrement important au moment où de puissantes majorités politiques sont au pouvoir. C'est la raison pour laquelle la Commission de Venise se félicite du fait que tous les interlocuteurs rencontrés par la délégation à Varsovie aient fait part de leur volonté de respecter le rôle de garant de la primauté de la Constitution assumé en Pologne par le Tribunal constitutionnel. Toutefois, tant que la situation de crise constitutionnelle liée au Tribunal constitutionnel ne sera pas réglée et tant que le Tribunal constitutionnel ne pourra pas exercer ses activités de manière efficace, non seulement l'état de droit, mais encore la démocratie et les droits de l'homme, seront en danger.

136. Il est indispensable de trouver une solution au conflit actuel sur la composition du Tribunal constitutionnel qui découle des mesures adoptées par le Sejm précédent. La Commission de Venise invite donc la majorité et l'opposition à faire tout leur possible pour parvenir à un règlement de ce problème. Dans un État fondé sur l'état de droit, une telle solution doit reposer sur l'obligation de respecter et d'exécuter intégralement les décisions du Tribunal constitutionnel. La Commission de Venise appelle par conséquent l'ensemble des organes de l'État et notamment le Sejm à respecter et à exécuter pleinement les décisions du Tribunal.

137. Les amendements du 22 décembre 2015, auraient compromis non seulement l'état de droit, mais aussi le fonctionnement du système démocratique, ainsi que cela a été dit ci-

³³ La Cour suprême des États-Unis a considéré, à propos du rôle joué par le pouvoir judiciaire, que « nonobstant les égards que chaque pouvoir de l'État doit aux autres, le « pouvoir judiciaire des États-Unis » conféré aux juridictions fédérales par l'article III, alinéa 1, de la Constitution ne saurait être davantage partagé avec le pouvoir exécutif que le chef de l'État, par exemple, ne partage son droit de veto avec le pouvoir judiciaire ou que le Congrès ne partage avec le pouvoir judiciaire la capacité de passer outre le veto présidentiel. Toute autre conclusion serait contraire à la notion fondamentale de séparation des pouvoirs et aux freins et contrepoids qui découlent du système des trois pouvoirs de l'État. *The Federalist*, n° 47, p. 313 (sous la direction de S. Mittell [p705] 1938). Nous réaffirmons par conséquent qu'il entre dans le domaine de compétence et les attributions de cette Cour de « dire le droit » au sujet du privilège allégué en l'espèce. *Marbury v. Madison*, voir plus haut, paragraphe 177 ». *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974)

dessus. Ils ne se justifient pas comme moyen de remédier à l'absence de « pluralisme » dans la composition de la Cour. Qu'ils soient envisagés individuellement ou dans leur ensemble, ces amendements, pourraient entraîner un sérieux ralentissement de l'activité du Tribunal au lieu de lui permettre de faire preuve de plus de célérité, et rendre inefficace son rôle de gardien de la Constitution.

138. Le fait de paralyser l'efficacité du Tribunal portera atteinte aux trois principes fondamentaux du Conseil de l'Europe : la démocratie – en raison de l'absence d'une composante essentielle des freins et contrepoids ; les droits de l'homme – car l'accès des justiciables au Tribunal constitutionnel pourrait être entravé à tel point qu'il en résulterait un déni de justice ; et l'état de droit – car le Tribunal constitutionnel, élément central du pouvoir judiciaire en Pologne, serait privé toute efficacité. Il est inadmissible de rendre inefficace une juridiction constitutionnelle, car cela équivaut à supprimer un mécanisme crucial, qui garantit la capacité de régler au niveau national les éventuels conflits avec les normes européennes et internationales, sans besoin de recourir aux juridictions européennes ou à d'autres juridictions subsidiaires, qui sont submergées sous une énorme charge de travail et ont une moindre connaissance de la réalité concrète au niveau national.

139. De plus, la Commission de Venise recommande à la Pologne de ne pas empêcher la tenue d'un débat objectif et respectueux des principes, pendant une période suffisante pour permettre la pleine participation de toutes les institutions, de manière à :

- réfléchir à la réforme de la procédure et de l'organisation du Tribunal ;
- déterminer quels sont, le cas échéant, les différents types de procédures qui justifient la fixation de délais raisonnables pour les décisions du Tribunal.

140. Bien que le moment soit à l'évidence mal choisi, vu les circonstances présentes, pour discuter de la réforme de la Constitution et des modifications qui pourraient lui être apportées, la Commission de Venise recommande néanmoins de modifier à plus longue échéance la Constitution, afin d'y inscrire l'obligation de majorité qualifiée pour l'élection des juges au Tribunal constitutionnel par le *Sejm*, en l'assortissant d'un mécanisme qui permettra d'éviter efficacement les situations d'impasse.

141. Une autre solution souhaitable consisterait à mettre en place un système en vertu duquel chacun des trois pouvoirs de l'État nommerait ou élirait un tiers des juges au Tribunal constitutionnel : le Président de la République polonaise, le Parlement et le pouvoir judiciaire. Bien entendu, même avec un tel système, les juges désignés par le Parlement devraient être élus à la majorité qualifiée.

142. Malheureusement, le Gouvernement a annoncé qu'il ne publierait pas la décision du 9 mars 2016, parce que le Tribunal constitutionnel n'a pas suivi la procédure prévue par les Amendements. La partie IV du présent avis explique clairement pourquoi le Tribunal devait se prononcer sur la base de la loi sans appliquer les Amendements mêmes qui faisaient l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. C'est pourquoi, la décision adoptée par les douze juges de plein droit (qui l'ont tous signée, même si deux d'entre eux ont exprimé une opinion dissidente) n'est pas contraire au droit constitutionnel polonais.

143. Le refus de publier la décision 47/15 du 9 mars 2016 serait non seulement contraire à l'état de droit, mais une mesure sans précédent telle que celle-là aggraverait encore la crise constitutionnelle déclenchée par l'élection de juges au cours de l'automne 2015 et les Amendements du 22 décembre 2015. Non seulement la Constitution polonaise, mais aussi les normes européennes et internationales supposent que les décisions d'une cour constitutionnelle soient respectées. La publication de la décision et son respect par les autorités sont une condition préalable à la recherche d'une solution à la présente crise constitutionnelle.

144. La Commission de Venise reste à la disposition des autorités polonaises pour toute assistance supplémentaire dont elles pourraient avoir besoin.